# Abänderung des Vertragsinhalts durch richterliche Entscheidung.

## Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

**Lorenz Betz**
aus Ensfeld
Referendar am Amtsgericht zu Neuburg a. D.

Approbiert am 5. Juni 1930.

Kulmbach
Buchdruckerei und Verlagsanstalt G. Schuhmann
1930

30:279

Referent: Univ.-Prof. Dr. Lent.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Herrn Universitätsprofessor
D. Strathmann
in Hochachtung und Dankbarkeit
gewidmet.

# Inhaltsverzeichnis


Seite

1. Teil:

Einleitung . . . . . 1
§ 1. Abänderung eines Schuldverhältnisses durch Vertrag . . 1

2. Teil:

Abänderung des Vertragsinhalts durch richterliche Entscheidung 3
A. Bei der Vertragsstrafe gemäß § 343 BGB. . . . . 3
§ 2. Wesen und Verwirkung der Vertragsstrafe . . . . . 3
§ 3. Die Ermäßigung der Vertragsstrafe durch richterliche Entscheidung . . . . . 12
B. Bei der Vertragsstrafe gemäß § 4 des RG. betreffend die Abzahlungsgeschäfte . . . . . 26
§ 4. Wesen des Abzahlungsgeschäftes und die richterliche Ermäßigung . . . . . 26
C. Beim Mäklerlohn § 655 BGB. . . . . 30
§ 5. Wesen des Mäklerlohnes und seine Ermäßigung . . . 30
D. Bei der Vertragsstrafe des § 75 c HGB. . . . . 32
§ 6. Wesen des Wettbewerbsverbots und die Herabsetzung der dabei getroffenen Vertragsstrafe . . . . . 32

3. Teil

Schluß . . . . . 38
§ 7. Rechtspolitische Gedanken . . . . . 38

## 1. Teil:

# Einleitung

### § 1. Abänderung eines Schuldverhältnisses durch Vertrag.

Täglich zeigen sich in der Praxis Fälle, bei denen Verträge — das sind zweiseitige Rechtsgeschäfte, d. h. die erklärte Willenseinigung zweier oder mehrerer Personen in Bezug auf Rechtsverhältnisse, die dadurch begründet, geändert oder aufgehoben werden — nachträglich geändert werden. Dies ist ohne weiteres möglich, da die meisten Vorschriften des bürgerlichen Gesetzes dispositiver Natur sind.

Die Frage, was unter Abänderung eines Vertrages zu verstehen ist, ist wohl dahin zu beantworten, daß sie auf ein bestehendes Schuldverhältnis in der Weise einwirkt, daß die fragliche Obligation weiter existiert, allerdings mit anderem Inhalt. Es muß also im Gegensatz zur Aufhebung eines Vertrages hier das abgeänderte Rechtsverhältnis mit dem vor ihm bestehenden mit Ausnahme einiger Verschiebungen wesensgleich sein. Wie ich eingangs erwähnte, sind vertragliche Abänderungen in der Praxis ungewöhnlich zahlreich und haben eine große Bedeutung erlangt. Auch der Gesetzgeber des BGB. war sich dieser Wichtigkeit und des häufigen Vorkommens wohl bewußt und hat die grundlegende Bestimmung über die Abänderung von Verträgen (§ 305 BGB.) im 2. Abschnitt des Obligationenrechts unter „Begründung und Inhalt des Vertrages" als 1. Bestimmung vorangesetzt. Auch prozessual hat die Abänderung eines Vertrages bezüglich der Beweislast Bedeutung.

Der geänderte Vertrag kann unter Umständen zum ursprünglichen Schuldverhältnis eine große Verschiedenheit aufweisen, denn die Aenderung kann sowohl einen Teil des alten

Vertrages ersetzen, einen neuen hinzufügen oder einen solchen wegnehmen. Zweifelhaft ist die Frage, ob der alte Vertrag durch die neue Obligation ganz aufgehoben wird oder ob er insoweit bestehen bleibt, als er der neuen Vereinbarung nicht im Wege steht. Der abgeänderte Vertrag ist eine durchaus neue und selbständige Vereinbarung. Nicht kann davon die Rede sein, daß der ursprüngliche Vertrag in den nun bestehenden verwandelt oder daß in denselben ein neuer Bestandteil eingefügt wurde, wenn man bedenkt, daß der die beiderseitigen Rechte und Pflichten feststellende Akt an die Zeit gebunden ist und mit Ablauf der Zeit nicht mehr abgeändert werden kann. Abänderbar sind nur die Wirkungen eines solchen Vertrages. Der bereits angeführte § 305 des BGB. weist nur prinzipiell auf die Abänderungsmöglichkeit eines Vertrages hin, ohne aber das Wesen und die Wirkung einer solchen Verabredung anzugeben. Näheren Aufschluß geben uns erst die diesbezüglichen Normen des BGB., so die §§ 33, 71, 328 Abs. II, 364, 415, 549, 568, 583, 625, 692, 707 u. a.

Es liegt in der Natur der schuldrechtlichen Verträge, daß sie unter Einverständnis der beteiligten Parteien sowohl aufgelöst als auch abgeändert werden können, während dies bei Widerspruch auch nur einer Partei unmöglich ist. Aus sozialen und wirtschaftlichen Erwägungen heraus hielt es jedoch der Gesetzgeber für notwendig, in einigen besonderen Fällen diesen Grundsatz zu durchbrechen und in die Hand des Richters das Recht zu legen, solche Verträge nach Billigkeit ohne Zustimmung der Parteien abzuändern, das sind die Fälle des sog. richterlichen Ermäßigungsrechtes.

---

## 2. Teil:

# Abänderung des Vertragsinhalts durch richterliche Entscheidung.

## A. Bei der Vertragsstrafe gem. § 343 BGB.

### § 2. Wesen und Verwirkung der Vertragsstrafe.

Das richterliche Ermäßigungsrecht kommt am häufigsten in Betracht bei Versprechen einer Vertragsstrafe. Man versteht darunter „Diejenige Leistung, die der Schuldner für den Fall der nichtgehörigen Erfüllung seiner Verbindlichkeit dem Gläubiger als Strafe verspricht."[1]) Das Rechtsverhältnis besteht somit einerseits aus einer Verbindlichkeit auf Grund einer zwischen dem Gläubiger und Schuldner bestehenden Obligation und andererseits aus dem gleichzeitigen oder nachträglichen Versprechen einer Vertragsstrafe im Fall der Verletzung dieser Verbindlichkeit und zwar muß die vom Schuldner als Strafe versprochene Leistung eine andere sein als die durch die Hauptverbindlichkeit geschuldete. Die Vertragsstrafe ist jedoch nicht nur zulässig bei vertragsmäßigen Verpflichtungen, sondern auch bei anderen, gleich welcher Art, z. B. bei solchen kraft Gesetzes oder Testamentes.

Doch kommt es auf die Bezeichnung als Strafe nicht an.

Von einer Konventionalstrafe kann deshalb nicht die Rede sein, wenn durch das vertragswidrige Verhalten des Schuldners der Hauptanspruch sich umgestaltet oder ändert. Dadurch unterscheidet sie sich vor allem von der lex comissoria. Diese Klausel bezweckt in Aufhebung eines Schuldverhältnisses zum Nachteil des Schuldners, während die Vertragsstrafe eine Obligation für den Fall bei Nichteinhaltung der

[1]) Endemann, Einführung in das Studium des BGB.

Hauptschuld begründet,[1]) ferner vom Reuegeld bei dessen Entrichtung eine Partei vom Vertrag zurücktreten kann.

Da es aber zur Entstehung eines jeden Schuldverhältnisses eines Vertrages zwischen den Beteiligten bedarf, setzt auch die Begründung einer Vertragsstrafe, wie schon der Name sagt, eine solche beiderseitige Willenseinigung voraus, und genügt demnach das einseitige Strafversprechen zur Entstehung einer Vertragsstrafe im Sinne des § 339 BGB. nicht. Ferner ist regelmäßig Voraussetzung einer Strafverpflichtung das Vorhandensein eines Hauptvertrages. In diesem Sinne ist das Strafversprechen accessorischer Natur. Die Folge davon ist, daß es auch aller Voraussetzungen des Hauptvertrages bedarf hinsichtlich der Subjekte des Vertrages, wie der Form und dem Inhalt nach. Das Versprechen der Strafe — als Rechtsgeschäft betrachtet — unterliegt natürlich den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften. Grundsätzlich bedarf der schuldrechtliche Vertrag keiner Form, also auch nicht das Strafversprechen. Soweit für den Hauptvertrag eine solche vorgeschrieben ist, ist diese Form auch für das Strafversprechen infolge seiner accessorischen Natur nötig.

Inhaltlich ist als Strafgeding nicht nur das Zahlen einer Geldsumme, sondern jedwede andere Leistung denkbar, soweit eine solche als Strafe überhaupt fungieren kann. Demnach ist es selbstverständlich, daß das Versprechen einer Leistung, deren Erfüllung den guten Sitten oder einem gesetzlichen Verbot zuwider läuft, ungültig ist, auch wenn die Schuldnerparteien diese Umstände kannten. Diese Folgerung ergibt sich auch aus der Accessorität der Vertragsstrafe und ist normiert in § 344 BGB. Der Zweck des Gesetzes, den es durch die Nichtigerklärung mancher Geschäfte verfolgt, würde umgangen werden, wenn das Strafversprechen einer für nichtig erklärten Verbindlichkeit zu Recht bestände. So erklärt sich die Bestimmung des cit. §, daß die Nichterfüllung eines vom Gesetz für nichtig erklärten Rechtsgeschäftes auch nicht eine etwa für den Fall der Nichterfüllung versprochenen Vertragsstrafe verwirken könne.

---

[1]) W. Billmann, Diss. Erlangen, 1898.

Ob § 344 BGB. auch anwendbar ist auf die selbständige Strafabreden im Sinn des § 343 Abs. II BGB., das sind solche, die lediglich die Verpflichtung zur Strafleistung zum Gegenstand des Vertrages haben, während es an einer durch die Strafe zu sichernden Hauptleistung fehlt, das sind insbesondere klaglose Verpflichtungen, ist sehr bestritten, aber doch wohl zu bejahen. § 341 BGB. hat eben allgemeine Geltung. Dieser Meinung, daß der angeführte § sich auch auf die selbständigen Strafverträge bezieht, pflichtet Planck[1]) bei. Demnach sind auch Vertragsstrafen, die gegeben sind ohne daß eine Hauptverbindlichkeit vorliegt, unwirksam, wenn die Hauptleistung als gegen die guten Sitten oder ein zwingendes gesetzliches Verbot verstoßend nicht wirksam versprochen werden kann oder wenn sie der Form ermangelt. Die gegenteilige Ansicht[2]) stützt sich streng auf den Wortlaut des § 344 BGB., der nur davon spricht, daß in der Strafvereinbarung auf ein unwirksames Versprechen der Hauptleistung Bezug genommen ist. Die Vertreter dieser Meinung finden eine Schranke nur im zwingenden Recht oder den guten Sitten. Ob aber eine solche selbständige rechtsgeschäftliche Vereinbarung im Widerspruch mit dem zwingenden Recht oder den guten Sitten steht, und demnach die als Sicherung gebotene Vertragsstrafe hinfällig ist, wird im einzelnen Fall nur schwerlich zu bestimmen sein. Es kann z. B., muß aber nicht immer eine Beschränkung der individuellen Freiheit darstellen, wenn sich Jemand verpflichtet, nicht zu heiraten, während bei einem Versprechen, in den Streik zu treten oder die Arbeiter zu entlassen, in einem bestimmten Geschäft nicht zu kaufen, immer Nichtigkeit dieses Versprechens angenommen werden kann. Schließlich ist denkbar, daß durch das Strafversprechen ein an sich nichtiges Rechtsverhältnis nach § 141 BGB. bestätigt werden soll. In einem solchen Fall ist mit dem Abschluß des Strafvertrages ein gültiger Hauptvertrag zustande gekommen.

Keine einheitliche Meinung besteht darüber, ob das Versprechen einer anderen Leistung rechtswirksam ist, also ob zum Wesen der Vertragsstrafe notwendig ein Vermögenswert gehört. Die Frage ist zu verneinen, im Hinblick auf § 241 BGB.,

[1]) Erl. 1 zu § 344 BGB.
[2]) So insbesonders Staudinger, Vorm. zu §§ 339/45, Anm. II, 1; Oertmann, Vorbem. II C zu §§ 339/45 u. a.

der nur von einer „Leistung" spricht, nicht aber von einer „vermögensrechtlichen", sodaß auch nicht Vermögenswerte Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein können.[1]) Der Begriff der Obligation hat somit im BGB. eine Erweiterung gefunden. Immerhin ist aber noch notwendig, daß es sich um ein schutzwürdiges Interesse handelt.[2]) Die obligatorische Vertragsfreiheit findet allerdings eine Schranke in der „guten Sitte, einer objektiven Norm zur Abwägung und Entscheidung der widerstreitenden subjektiven Deutung des Leistungsverhältnisses, eines sozialen Ideals."[3]) Gegen eine derartige weite Auslegung könnte allerdings die Vorschrift des § 253 BGB. zu Felde geführt werden.

Da demnach das Versprechen einer Vertragsstrafe eine Vermögenssicherung des Gläubigers bedeutet, muß notwendig das Versprechen zu einer Mehrbelastung des Schuldners führen, andernfalls von einer Vertragsstrafe keine Rede sein kann.

Das Strafgeding ist zunächst ein Mittel zur Verstärkung der schuldnerischen Haftung und hat den Zweck, einerseits den Schuldner durch die Aussicht auf die drohende Strafe zur vollständigen und rechtzeitigen Erfüllung seiner Verbindlichkeit anzuhalten, insoweit ist sie also ein indirektes Zwangsmittel. Daher sind Strafgedinge für den Fall der Unrichtigkeit einer Zusicherung hinsichtlich vergangener Verhältnisse (z. B. Zusicherung der Echtheit eines Kunstgegenstandes) nur Vereinbarungen über die Schadenshöhe, aber keine Vertragsstrafefestsetzungen. (Seuff. A 63, 142).

In zweiter Linie soll sie das Interesse des Gläubigers an der ordnungsgemäßigen Erfüllung der Hauptsache im voraus festsetzen und gegebenenfalls den Gläubiger des oft recht schwierigen Beweises sowohl der Existenz wie der Höhe seines Interesses entheben. Deshalb nennt das österreichische Gesetzbuch im letzteren Sinne diese Strafe auch Vergütungsbetrag. Verfolgt die Strafverabredung letzteren Zweck, so macht sich der Schuldner durch Erlegung der Strafe vom Ersatz des weiteren Schadens frei.

---

[1]) ebenso Staudinger, Vorb. II, 1 zu §§ 339/45 BGB.
[2]) Fischer/Henle zu § 242 BGB.
[3]) Staudinger, Komm. zum BGB. zu § 242.

Nach § 339 BGB. ist die Vertragsstrafe verwirkt, wenn der Schuldner mit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit in Verzug gerät. Verzug ist aber nur denkbar, wenn der Gläubiger die Leistung fordern kann, sie also einklagen kann. Wenn nun Bedingung der Verwirkung der Vertragsstrafe das Vorhandensein einer gültigen Hauptverbindlichkeit ist, so setzt auch die Vereinbarung derselben eine wirksame Verbindlichkeit voraus. Es sind somit ohne rechtliche Bedeutung Strafversprechen, welche auf Erlangung verbotener oder unsittlicher oder unmöglicher Verträge hinzielen, schließlich solche, die infolge Formmangels unwirksam sind. Verwirkt kann also die Strafe nicht sein, wenn kein gültiger Hauptvertrag vorlag, oder wenn ein solcher zwar bestand, aber durch Erfüllung, Aufrechnung, Erlaß oder einen anderen wirksamen Schuldaufhebungsgrund erloschen ist. Ebenso ist die Verwirkung ausgeschlossen, wenn der Hauptanspruch verjährt ist, oder durch Verjährung oder Anfechtung eines anfechtbaren und angefochtenen Vertrages erloschen ist. Weiter liegt ein Fall der Verwirkung nicht vor, wenn der Forderung auf Erfüllung eine begründete Einrede entgegensteht. Schließlich läßt allein der Vertragszweck, der mit Hilfe der §§ 133/157 im Weg der Auslegung zu ermitteln ist, erkennen, ob überhaupt von einer Verwirkung der Strafe die Rede sein kann, denn was mit Treu und Glauben im Widerspruch steht, kann von den Parteien nicht gewollt sein.[1]) Daher kann der, der lange Zeit die Uebertretung einer Verpflichtung seitens des Schuldners geduldet hat, nicht plötzlich die Strafe fordern. Ich komme somit zum Ergebnis, daß eine Verwirkung der Vertragsstrafe nur in Frage kommen kann, wenn eine vollwirksame, einredefreie Forderung besteht, die gegebenenfalls sofort klagweise realisiert werden kann.[2])

Das Gesetz bestimmt in § 339 BGB., daß, falls die Strafe versprochen sei für den Fall, daß der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht oder in nicht gehöriger Weise erfüllt habe, der Schuldner also zu einem Tun verpflichtet sei, die Strafe verwirkt sei, wenn der Schuldner in Verzug kommt. In diesen kommt aber der Schuldner, wenn die Leistung fällig und eine Mahnung seitens des Gläubigers erfolgt ist. §§ 284,

[1]) J. W. 1923, 825[2].

[2] K. Schöntag, Ueber die Vertragsstrafe in BGB.

326 BGG. Eine Leistung ist fällig, wenn sie verlangt werden kann. Im Zweifel — also wenn keine Zeit für die Leistung bestimmt, noch dies aus den Umständen zu entnehmen ist, — kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen. Die Mahnung ist eine Willenserklärung. Nach § 284 Abs. II steht der Mahnung gleich die Erhebung der Klage oder die Zustellung eines Zahlungsbefehles. Eine Mahnung ist nicht erforderlich, wenn die Leistung nach dem Kalender bestimmt oder die Leistung nach Kündigung fällig ist und sich dieser Zeitraum nach dem Kalender berechnen läßt. (Dies **interpellat pro homine.**) Der Schuldner kommt solange nicht in Verzug, als die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat. § 285 BGB.

Zum Verzug ist also immer Verschulden notwendig, entweder Vorsatz oder Fahrlässigkeit. § 276 BGB. Die unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung befreit also immer von der Strafe. Erfüllung nach Ablauf der Zeit oder erfolgter Mahnung oder mangelhafte Erfüllung kann die Verwirkung der Vertragsstrafe nicht mehr abwenden. Hat der Schuldner so die Strafe verwirkt, so frägt sich, welchen Einfluß dies auf die Hauptverbindlichkeit ausübt. Aus der Eigenschaft der Strafe als Sicherungsmittel ergibt sich, daß der Schuldner durch Zahlung der Strafe nicht von der Hauptverbindlichkeit befreit ist. Im Gegenteil, dem Gläubiger erwächst dadurch eine neue Obligation, nämlich die Einforderung der Vertragsstrafe. Im Falle des Prozesses hat der Gläubiger nur zu beweisen, daß eine Strafvereinbarung und Schuldnerverzug vorliegt. Daß die Strafe nicht verwirkt sei, dies zu beweisen, ist Sache des Schuldners.

Hat sich der Schuldner zu einem Unterlassen verpflichtet und er handelt dieser Verpflichtung zuwider, so ist die Strafe nach der herrschenden Ansicht[1]) verwirkt, gleich ob die Zuwiderhandlung vom Schuldner verschuldet oder nicht verschuldet ist. Hier hat die Vertragsstrafe die Funktion eines reinen Garantieversprechens. Nach der Meinung einiger Schriftsteller ist auch beim Versprechen einer Unterlassung zur Verwirkung Ver-

[1]) RG. 79,36; 63,117; — RGR. Komm. § 339 BGB. — Oertmann Bem. 2 b, zu § 339 BGB. (allerdings mit Einschränkung). Staub, Anm. 9 zu § 348 HGB.

schulden notwendig.[1]) Die Vertreter dieser Ansicht würden darin, daß hier ein Verschulden nicht vorausgesetzt sei, eine unbillige Durchbrechung des Prinzips sehen, nach dem doch sonst zur Verwirkung einer Vertragsstrafe Verschulden notwendig ist. Tatsächlich hat auch die Rechtsprechung in verschiedenen Fällen sich dieser Ansicht genähert, indem sie wenigstens Verantwortungsfähigkeit des Zuwiderhandelnden oder bewußte Zuwiderhandlung verlangt.[2])

Nach dem Willen des Gesetzgebers[3]) soll aber in solchen Fällen ein Verschulden nicht notwendig sein und ist somit obige Rechtsprechung nicht mehr mit dem Gesetz vereinbar. Der Zusatz der zweiten Kommission des BGB., wonach auch hier Verschulden Voraussetzung sein solle, ist nicht Gesetz geworden.

Im Prozeß muß der Gläubiger das Bestehen der Haupt- und der Strafverpflichtung, ferner die Zuwiderhandlung beweisen. § 345 BGB.

Ist somit die Strafe verwirkt, so entsteht für den Gläubiger die wichtige Frage, was er nunmehr vom Schuldner verlangen kann. Die §§ 339—42 unterscheiden hier nun darnach, ob als Strafe die Zahlung einer Geldsumme oder einer anderen Leistung, ferner ob sie für den Fall der Nichterfüllung oder der nichtgehörigen Erfüllung ausbedungen sei.

I. Versprechen einer Geldsumme als Vertragsstrafe

a) bei Nichterfüllung:

Einschlägig hiefür ist § 340 BGB. Nach dieser Vorschrift kann der Gläubiger nur Erfüllung oder nur die verwirkte Strafe verlangen, nicht aber beides. Nach dem Wortlaut des citt. §, Abs. 1

„. . . . . „ so kann der Gläubiger die ver-
„wirkte Strafe statt der Erfüllung verlangen"

bleibt die ursprüngliche Forderung für den Gläubiger bestehen, es erwächst ihm jedoch noch eine neu dazu.

Es stehen ihm also zwei Wahlrechte zu, es liegt hier

---

[1]) Planck, Erläut. 2 b zum § 339 BGB. — Staudinger, Bem. 3 c zu § 339 BGB.

[2]) OLG. Hamburg (Seuff. A 72, 255) — OLG. Rostock in Rolg. B. 36, S. 101.

[3]) s. Mot. 2, 278.

der Fall einer facultas alternativa vor. Die Wahl erfolgt durch Erklärung des Gläubigers gegenüber dem Schuldner — § 263 BGB. — und ist, wenn sie getroffen, unwiderruflich. Nun gilt aber bei der facultas alternativa die gewählte Leistung als die von Anfang an allein geschuldete. Da sich damit die Vorschrift:

> „Erklärt der Gläubiger den Schuldner, daß er die „Strafe verlange, so ist der Anspruch auf Erfüllung „ausgeschlossen." § 340 Abs. 1 Satz 2„

nicht in Einklang bringen läßt, liegt hier ein besonderer Fall eines Wahlverhältnisses vor. Nur wenn der Gläubiger die Strafe fordert und es ist kein Schaden entstanden, dann erscheint sie hier als reine Strafe, dann liegt ein wirklicher Fall der facultas alternativa vor. Verlangt aber der Gläubiger Erfüllung, dann ist deswegen der Strafanspruch noch nicht ausgeschlossen. Wählt er diese, kann sie aber nicht erlangen, dann ist er auf die verwirkte Strafe angewiesen. Hat allerdings der Schuldner die Nichterfüllung zu vertreten, so ergibt sich für den Gläubiger das weitere Recht, Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu beanspruchen — § 280 —, wobei er die Strafe als Mindestbetrag des Schadens zugrundelegen kann, während er in diesem Fall die Strafe nicht mehr verlangen kann. Ist der Schaden höher, so kann er auch diesen weiteren Betrag geltend machen.

Ist die Strafe verfallen und erklärt sich der Gläubiger auf die Aufforderung des Schuldners nicht, ob er Erfüllung oder die Strafe verlangen will, dann gerät er in Verzug — § 295 —, da ja zur Bewirkung der schuldnerischen Leistung eine Handlung des Gläubigers notwendig ist. Dann kann ihn der Schuldner unter Bestimmung einer angemessenen Frist auffordern, sich über die gesetzlich zustehende Wahl zu entscheiden. Mit unbenütztem Ablauf der Frist geht dieses Recht auf den Schuldner über § 264 Abs. 2 BGB. Wählt der Gläubiger im Fall der Nichterfüllung einer Verpflichtung durch den Schuldner den ihm durch § 325 BGB. gestatteten Rücktritt, dann ist durch diese Erklärung der ganze Vertrag aufgelöst. Es entfällt somit das Strafversprechen.

b) Bei Erfüllung in nichtgehöriger Weise:

d. h. nach Quantität oder Qualität nicht vollständig oder am nicht richtigen Ort oder nicht richtigen Zeit. In diesem Fall ist § 341 maßgebend. Darnach kann der die verwirkte Strafe neben der Erfüllung verlangen. (Satz 1). Hat er auch noch einen Schadensersatzanspruch, dann kann er die Strafe als Mindestersatz fordern, — hier gilt dann die Strafe als Schadensersatz, — die Geltendmachung eines höheren Schadens ist ihm unbenommen. Hat allerdings der Gläubiger, die Erfüllung angenommen, dann kann er die Strafe nur beanspruchen, wenn er sich bei der Annahme das diesbezügliche Recht vorbehalten hat. Diese Bestimmung des Abs. III ist zum Schutz des Schuldners getroffen, der über diese event. Forderung nicht längere Zeit im Ungewissen bleiben darf.

II. Versprechen einer anderen Leistung als Strafe:

Der einschlägige § 342 verweist auf die vorherigen Bestimmungen, jedoch mit der Sonderheit, daß der Schadensersatzanspruch ausgeschlossen ist, wenn der Gläubiger die Strafe verlangt. Dieser kann also, wenn er die Strafe beansprucht, nicht noch einen Schaden wegen Nichterfüllung oder nichtgehöriger Erfüllung verlangen. Ist also ein höherer Schaden entstanden, als die Vertragsstrafe beträgt, so wird der Gläubiger zweckmäßig vom Anspruch auf die verwirkte Strafe Abstand nehmen und schlechthin Schadensersatz fordern.

Die vorstehenden Vorschriften der §§ 339—42 sind dispositiver Natur, sodaß sie ohne weiteres zu Gunsten oder Ungunsten einer Partei geändert werden können.

Ob der Gläubiger bei teilweiser Nichterfüllung oder teilweise nicht gehörige Erfüllung die ganze Strafe verlangen kann, ist mangels besonderer Umstände zu bejahen, da nach § 266 BGB. eine teilweise Erfüllung nicht als Erfüllung gilt.

## § 3. Die Ermäßigung der Vertragsstrafe durch richterliche Entscheidung.

Während im vorhergehenden das Wesen und die Verwirkung der Vertragsstrafe dargetan wurde, sei nachfolgend die Bedeutung des § 343 BGB. dargestellt.

An sich hat der Richter nur das Recht, einen Vertrag als vollgültig oder als nichtig zu erklären und hieraus die Konsequenzen zu ziehen; dagegen kann er bei § 343 einen Mittelweg einschlagen und somit den Vertragsinhalt aufrecht erhalten, soweit er ihm als richtig erscheint. Die genannte Bestimmung ist zwingendes Recht und kann also durch Verzichtleistung oder Vereinbarung nicht ausgeschlossen werden.

Daß die verwirkte Vertragsstrafe durch Richterspruch ermäßigt werden kann, ist eine Neuheit des BGB. Wohl bestanden schon in älteren Gesetzen Normen über die Höhe und Zulässigkeit, nicht aber kannten sie ein so weit gehendes richterliches Ermäßigungsrecht. So z. B. gestattete das gemeine Recht eine allerdings sehr beschränkte Ermäßigung der Konventionalstrafe, wenn die Höhe **contra bonos mores** war. Dies war aber keine Ermäßignng im Sinne des BGB. denn nach heutigem Recht ist eine Vertragsstrafe, die gegen die guten Sitten verstößt, überhaupt nichtig. Das PLR. Tl. I, Titel 5 § 301 gestattete als Höhe nur den doppelten Wert des erweislichen Interesses, während das sächsische BGB. in § 1430 bestimmte, daß eine „wegen verspäteter Entrichtung einer Geldschuld versprochene Konventionalstrafe" mit Einschluß „der etwa versprochenen Zinsen den Betrag der Zinsen, welche von der bestimmten Erfüllungszeit bis zur Entrichtung der Schuld erlaubter Weise versprochen werden dürfe" nicht übersteigen dürfe. War die ausbedungene Strafe höher als es die genannten Gesetze zuließen, so war das ganze Versprechen nichtig. Es konnte dann vom Versprechensempfänger auch nicht der gesetzlich erlaubte Betrag beansprucht werden. Somit haben

das PLR. und das sächsische BGB. entgegen dem BGB. von 1900 die Höhe der Vertragsstrafe genau festgesetzt, deren Ueberschreitung Nichtigkeit des ganzen Strafversprechens zur Folge hatte. Der Code civil 1231 ermächtigte den Richter zur Ermäßigung, wenn die Hauptobligation teilweise erfüllt war. Aehnlich dem römischen Recht, das die Höhe der Strafe der freien Vereinbarung der Parteien überließ, erwähnte der erste Entwurf des BGB. diese Frage überhaupt nicht, da wie die Motive erklären, Band 2 § 421 des ersten Entwurfes, überhaupt eine Beschränkung der Konventionalstrafe nicht angezeigt erscheint. Erst die zweite Kommission, für die die Erwägung maßgebend war, daß die Spezialgesetze (Wuchergesetze, Gewerbeordnung) schwere Ausschreitungen bei Ausbedingung von Vertragsstrafen hintanzuhalten nicht vermögen, fügte die Vorschrift des nunmehrigen § 343 ein:

„Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch,
„so kann sie auf Antrag des Schuldners durch
„Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt
„werden."

Demnach hat das Gesetz die Voraussetzungen der Möglichkeit die Herabsetzung einer Vertragsstrafe festgelegt, allerdings in der Erwartung, daß der deutsche Richter nicht zu weitgehenden Gebrauch von ihr mache, sodaß die Förderung der Vertragsuntreue nicht zu befürchten ist.

Erste Voraussetzung zur Herabsetzung ist, daß die Strafe verwirkt ist. Wann dies der Fall ist, wurde bereits oben erläutert.

Weiter muß die Strafe „unverhältnismäßig hoch" sein. Die Fassung des Ausdruckes „unangemessen hoch" ist ungenau. Denn der Gesetzgeber macht keine Angaben darüber, was er als angemessen erachtet. Es ist dies also Sache der freien richterlichen Würdigung unter Erwägung aller vorliegenden Umstände. Aus dem Wortlaut des Gesetzes ist zu schließen, daß zwischen der Strafe und dem Interesse des Gläubigers an der Erfüllung ein bestimmtes Verhältnis bestehen muß. Wie bereits erwähnt, ist das Strafgeding zugleich Zwangsmittel und Ersatzleistung. Nur unter Berücksichtigung dieser beiden Funktionen läßt sich das bestimmte Verhältnis er-

mitteln. Es hat aber der Richter nicht nur darauf Bedacht zu nehmen, wie hoch das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung im allgemeinen geschätzt wird, sondern „er hat kraft seines freien richterlichen Ermessens unter Berücksichtigung aller begleitenden Umstände, soweit sie für die Beurteilung des konkreten Falles irgendwie in Betracht kommen können und aus ihnen auf die dem Vertrage zugrunde liegenden Parteiabsichten ein Schluß gezogen werden kann, seine Entscheidung zu treffen.[1]) Allerdings ist immer in erster Linie das Interesse des Gläubigers in Betracht zu ziehen. Besonders darf nicht vergessen werden, daß vielfach das Versprechenlassen einer Strafe nur aus dem Grund geschieht, um nicht über Höhe und Vorhandensein eines Schadens einen unsicheren Prozeß führen zu müssen. Es vereinbart also der Gläubiger schon im voraus mit dem Schuldner gütlich eine eventuelle Ersatzforderung, die er zwar auch im Prozeß geltend machen könnte, aber unter Umständen nur mit großer Mühe und Opfern. Dies ist ja nun gerade die Bedeutung der Vertragsstrafe, hier dem Gläubiger ein Mittel an die Hand zu geben in Fällen, in denen ihm der Beweis seines Interesses schwer fallen würde oder ein solcher überhaupt nicht zu erbringen wäre, dieses Interesse im voraus festzusetzen. Deshalb darf der Richter den Gläubiger nicht nötigen, gleichwohl die Faktoren seines Interesses darzutun, sondern es ist Sache des Schuldners zu beweisen, daß ein offenbares Mißverhältnis zwischen der Strafe und dem Interesses der Gläubigers besteht.

Aber nicht nur vermögensrechtliche Interessen, sondern auch ideelle können durch das Strafversprechen gesichert werden. Dies spricht das Gesetz im zweiten Absatz des § 343 ausdrücklich aus. Wie schon dargelegt, können Gegenstand einer Obligation auch immaterielle Güter sein. Nicht immer dagegen sind solche Vereinbarungen in Geld umwandelbar, da ja § 253 bestimmt, daß wegen eines Nichtvermögensschadens Gelderſatz nur gefordert werden kann, wenn dies das Gesetz ausdrücklich zuläßt. Soweit dies nicht der Fall ist, kann zwar der Gläubiger auf Vornahme der Leistung klagen und auch vollstrecken bezw. Naturalrestitution verlangen, aber dies

---

[1]) Schöntag, Ueber die Vertragsstrafe im BGB.

ist doch oft eine unzweckmäßige und mißliche Möglichkeit. Zu solchen Fällen, bei denen das Gesetz diese Rechtsgeschäfte zwar für verbindlich erklärt, aber kein entsprechendes Mittel zur Verwirklichung hat, bemerken schon die Protokolle zum BGB., Seite 785 zutreffend, daß hier die Vertragsstrafe das sicherste Mittel bildet, um sich vor Schaden zu bewahren und den Schuldner zur Einhaltung seiner Verpflichtung zwingen zu können.

Die Frage bezüglich der Höhe der Strafverabredung ist dahin zu beantworten, daß die beiden Eigenschaften der Konventionalstrafe, nämlich sowohl der Interessenersatz als auch die wirkliche Strafe zur Geltung kommt. Deshalb darf nicht allein der Schadensersatz des Gläubigers berücksichtigt werden, sondern es muß der Schuldner noch außerdem etwas dazu leisten für sein vertragswidriges Verhalten. Soweit also eine Vertragsstrafe diese beiden Faktoren in sich schließt, kann sie nicht unverhältnismäßig hoch sein.

Schließlich spielt noch eine wichtige Rolle die Frage, nach welchem Zeitpunkt die Angemessenheit der Strafe beurteilt werden soll. Es sind darüber verschiedene Meinungen vertreten worden, so wird als Ausgangspunkt die Zeit der Verabredung der Verwirkung, der Antragstellung auf Ermäßigung und schließlich die der Urteilsfällung angenommen. Es ist nun nicht billig, die Zeit der Verabredung oder der Verwirkung[1]) zugrundezulegen, denn die Strafe kann zu diesem Zeitpunkt unverhältnismäßig hoch sein, während sie vielleicht an einem späteren der oben genannten Zeitpunkte angemessen oder vielleicht sogar sehr niedrig wäre. Andererseits wäre dadurch dem Schuldner die Möglichkeit geboten, im Zeitpunkt der Verwirkung je nach seinem Vorteil zu überlegen, ob er nicht dem Vertrag zuwider handeln soll und sich dadurch trotz der Strafe einen Vermögensvorteil zu sichern. Es sei hier nur an den Fall gedacht, daß ein Landwirt einem Getreidehändler 1000 Ztr. Getreide zu liefern sich vertraglich verpflichtet hat, wobei dieses Versprechen durch eine Vertrags-

---

[1]) Siber, Rechtszwang, S. 152. Auch das RG. im „Recht", 1912, Nr. 1761 stellt sich auf den Standpunkt, daß besonderes Gewicht auf den Zeitpunkt der Verwirkung der Strafe zu legen ist, denn es kommt grundsätzlich darauf an, ob die verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch ist.

strafe in ungewöhnlicher Höhe gesichert wurde, sodaß unter normalen Umständen hier ein Ermäßigungsrecht Platz greifen würde. Während der Schuldner durch Nichtlieferung in Verzug geraten ist, bricht ein Krieg aus, der die Getreidepreise rapid in die Höhe treibt. Der Gläubiger verlangt nun vom Schuldner die versprochene Vertragsstrafe. Es wäre nun unbillig, wenn der Schuldner auf die Klage des Gläubigers hin noch Herabsetzung der Vertragsstrafe nach § 343 verlangen könnte mit der Begründung, daß z. Zt. des Kaufabschlusses oder zur Zeit des in Verzuggeratens die Strafe unangemessen hoch war, während sie zur Zeit der Urteilsfällung durch die Preisänderungen angemessen ist oder sogar zu niedrig wäre. Im letzteren Falle würde der Schuldner sogar bestrebt sein, nicht zu leisten um seines Vorteils willen.

Ebenso können nach der Antragstellung auf Ermäßigung bis zur Urteilsfällung infolge der oft langen Dauer eines Prozesses Gründe eintreten, die die Strafe unverhältnismäßig hoch erscheinen lassen. So komme ich zum Ergebnis, daß zunächst nur die Zeit der Urteilsfällung für diese Frage maßgebend sein kann,[1]) aber nicht allein, sondern auch die Zeit der Zuwiderhandlung und der Strafverabredung.[2]) Dafür bietet uns das Gesetz einen Anhaltspunkt, wenn es davon spricht, daß jedes Interesse des Gläubigers zu berücksichtigen sei. Hiezu bemerkt die Protokolle der Kommissionen II. Lesung „Der Richter soll aber nicht nur die Verschiedenheit der Interessen des Gläubigers zu den verschiedenen Zeiten, die Höhe des wirklichen und möglichen Schadens, sondern auch die wirtschaftliche Lage beider Teile, den Grund des Verschuldens auf Seiten des Schuldners und sonstige Momente berücksichtigen." Wenn sich Oertmann, Bem. 2 zu § 343, auf den Wortlaut „und ist unverhältnismäßig hoch" beruft (also jetzt im Zeitpunkt des zu fällenden Urteils), so muß eine solche Auslegung scheitern, will sie nicht logisch aus dem Zusammenhang gerissen sein.

Gelangt nun der Richter unter Berücksichtigung aller dieser vorstehend genannten Erwägungen zu der Ueberzeugung,

[1]) Planck, Bemerkung 2 zu § 343 BGB.

[2]) Staudinger I, 3 zu § 343 — RGZ. Bd. 64 S. 291, RG. im „Recht" 1915 Nr. 177 — Soergel Komm., Bem. 2 zu 343.

daß die vereinbarte Strafe zu hoch sei, so kann er eine Ermäßigung eintreten lassen und zwar auf den angemessenen Betrag. Welche Strafe als angemessen zu betrachten ist, kann der Richter nur feststellen, wenn er wieder dieselben Gründe abwiegt, die ihn auf die Unverhältnismäßigkeit schließen lassen. Er hat also auch hier wieder davon auszugehen, daß das Strafgeding nicht nur das Interesse des Gläubigers an der Leistung ersetzen soll, sondern auch, daß sie ein Mehr enthält, das als wirkliche Strafe gilt. Einem bloßen Affektionswert des Gläubigers darf er jedoch nur sehr vorsichtig Rechnung tragen, während auf eine bloße Laune keine Rücksicht zu nehmen ist. Nicht darf der Richter übersehen die Funktion der Konventionalstrafe als Zwangsmittel, auch nicht die besonderen Umstände, die zur Eingehung des Vertrages Anlaß geben, ferner warum die Leistung durch den Schuldner nicht erfolgt ist, ob ihn dabei großes Verschulden trifft oder nur geringe Fahrlässigkeit, schließlich die wirtschaftliche Lage der beiden Parteien bei Eingehung und Verwirkung der Strafe, die Höhe des voraussehbaren und wirklich eingetretenen Schadens sowie alle anderen Umstände, die für die Wertung des Falles von Bedeutung sein können.

Die Herabsetzung erfolgt aber nicht kraft Gesetzes durch den Richter, sondern nur auf Antrag des Schuldners durch den Richter nach freiem richterlichen Ermessen, wobei es allerdings angezeigt ist, Sachverständige zu vernehmen. Ein Ermäßigungsantrag vor Strafverwirkung muß aussichtslos bleiben; denn vor Verwirkung der Strafe besteht für den Richter keine Möglichkeit, die Angemessenheit zu prüfen, ebensowenig wie vor Fälligkeit der Leistung mit Ausnahme der §§ 257/59 ZPO. das Gericht in der Lage ist, einer Leistungsklage stattzugeben.

Der Antrag muß vor Gericht gestellt werden, nicht etwa z. B. wie bei der Anfechtung gegenüber dem Anfechtungsgegner. Daß der Antrag vor Gericht gestellt werden muß, ergibt sich schon aus dem Wortlaut des cit. § und findet seine Erklärung darin, daß es sich hier nicht um eine Ermäßigung durch einseitige Parteierklärung handelt wie bei der Anfechtung, denn der Vertragspartei steht ja kein Grund zur Seite, der zur Anfechtung berechtigt, sondern die hier normierte Ermäßigung kann nur durch den Richter erfolgen.

Die weitere Frage, in welcher Form dieser Antrag zu erfolgen hat, ist dahingehend zu beantworten, daß der Schuldner entweder Klage oder Widerklage auf Ermäßigung stellt oder indem er der Klage des Gläubigers auf Leistung der Strafe eine Einrede entgegensetzt. Die Fassung des Gesetzes über diesen Punkt ist ungenau, wenn es sagt „auf Antrag des Schuldners". Es fragt sich, ob der Schuldner die Herabsetzung auf einen bestimmten Betrag fordern muß, oder ob es genügt, Antrag auf Herabsetzung zu stellen und es dem Richter zu überlassen, einen angemessenen Betrag zu finden. Obwohl der Wortlaut des Gesetzes auf die zweite Möglichkeit hinweist, glaube ich doch, daß der Schuldner die Herabsetzung auf einen bestimmten Betrag fordern muß. Ich verweise hier auf § 253 ZPO., nach welchem der Klage eine bestimmte Leistungsforderung zugrunde liegen muß. Treffend weist Stein/Jonas, Vorb. II, 3 b vor § 253 ZPO. ausdrücklich auf diesen Fall hin, mit der Begründung, daß hier die vom Richter festgesetzte Leistung als von Anfang an geschuldet gelten muß. Würde man die entgegengesetzte Meinung von Eck-Leonhard[1]) billigen, so würde normalerweise der Richter eine Teilentscheidung ergehen lassen, die nur unnötige Kosten macht. Im übrigen ist diese Streitfrage bedeutungslos.

Um welche Art von Klage handelt es sich hier? Eine Leistungsklage kann es nicht sein, denn es wird ja vom Gläubiger keine Leistung verlangt. Auch eine Feststellungsklage[2]) im Sinne der ZPO. § 256 ist nicht denkbar, denn eine solche hat über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Verhältnisses zu entscheiden, aber hier ist kein Anlaß dazu da das Bestehen eines Rechtsverhältnisses festzustellen. Es wird das Bestehen weder des Hauptanspruchs noch das Versprechen einer Vertragsstrafe bestritten. Die Klage auf Ermäßigung soll im Gegenteil die Änderung eines bestehenden Rechtsverhältnisses herbeiführen, eine Klage dieser Art ist aber konstitutiv.[3]) Die Entscheidung über den Antrag erfolgt durch Urteil. Daß hier ein Gestaltungsurteil vorliegt, ist von einzelnen Wissenschaftlern

---

[1]) Vorträge 336.

[2]) Hölder, Die Herabsetzung einer Vertragsstrafe im „Recht", 1900, 161.

[3]) Herrschende Meinung, Oertmann, Bem. 3 b zu § 343. — Staudinger § 343, III, 1 Enneccerus I, 2 zu § 261 Anm. 21.

bestritten. Handelt es sich um ein solches, so entfällt mit dessen Rechtskraft die Pflicht, die bisher bestanden hat, den durch das Urteil aberkannten Betrag zu zahlen. Planck vergleicht es mit einer Ehescheidung, die die Ehe aufhebt, die bisher bestanden hat, aber nicht aufhört, bisher bestanden zu haben. Nach der von Hölder vertretenen Meinung stimmt dieser Vergleich nicht (Hölder, die Herabsetzung einer Vertragsstrafe im „Recht" 1900, 161), denn der herabgesetzte Teilbetrag gilt als aus dem Vertrag nicht geschuldet. Soweit er unangemessen ist, gilt er als angefochten. Allerdings ist hier im Gegensatz zur gewöhnlichen Gestaltungsklage nicht das ganze Rechtsverhältnis von der Entscheidung getroffen, wohl aber ist es in seinem ganzen Umfang ergriffen und insofern kann man sie mit Kisch[1]) zu einer besonderen Klasse der „festsetzenden Urteile" rechnen.

Wie schon erwähnt, kann der Schuldner seinen Antrag auf Ermäßigung auch durch Einrede geltend machen.[2]) Die mancherorts[3]) vertretene Ansicht, daß auf die Forderungsklage des Gläubigers der Schuldner das Ermäßigungsrecht nicht durch Einrede geltend machen könne, ferner die umgekehrte Ansicht, daß das Recht des § 343 nur durch Einrede oder einem ähnlichen Rechtsbehelf geltend gemacht werden könne, sind irrig. Die Vertreter der ersteren Meinung führen zur Begründung an, daß im Falle der Möglichkeit des Einrederechts der Schuldner durch das Gesetz geradezu dazu verführt werde, die Zahlung einer seiner Meinung nach zu hohen Vertragsstrafe vorläufig zu verweigern. Dadurch würde der Gläubiger zur Wahrung seiner Rechte zur Klage gezwungen und damit müßte eine Häufung der Prozesse eintreten. Diese Einwände sind nicht stichhaltig, denn immer ist der Gläubiger auch bei gewöhnlichen Forderungen im Falle der Nichtleistung durch den Schuldner durch Klage gezwungen, da das Selbsthilferecht ausgeschaltet ist. Die vorgenannten Meinungen stützen sich auf den Wortlaut des § 343. Das Wort „Antrag" ist nicht eng auszulegen im Sinne eines Klageantrages. Eine Ver-

[1]) Urteilslehre, S. 139, Anm. 122.

[2]) Herrschende Meinung, so Oertmann, Erl. 3a zu § 343, Staudinger § 343 l, 4 — Planck, Anm. 1 zu 343 — RG. R. Komm. Bem. 1 Abs. 2 zum § 343.

[3]) s. Marcus, KG. Bl. oo,18 — Hellweg, Lehrbuch I, 247 des ZP.Rechts — Schollmeyr, Erl. 2a zu § 343.

gleichung mit den §§ 119, 123, 138, 462 BGB. ergibt dies ohne weiteres. Da die Voraussetzungen des § 138 im Wege der Einrede geltend gemacht werden können, ebenso das Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung, Zwangs- oder Irrtums, ferner der Anspruch auf Wandelung oder Minderung beim Kauf, so darf das mindere Recht der Einrede doch auch für den Fall des § 343 zulässig sein. Es ist zwar richtig, daß ein derartiger Vergleich hinkt, denn die Anfechtung betrifft Tatsachen, die außerhalb des Prozesses liegen, während hier das Gestaltungsrecht nur durch den Prozeß geltend gemacht werden kann. Dafür aber ist das Einspruchsrecht von viel minderer Bedeutung als das Anfechtungsrecht. Nach der Ansicht von Hölder a.a.O. macht der Schuldner geltend, daß er nicht verpflichtet sei, den vollen Betrag zu zahlen. Er bestreitet damit die Gültigkeit des Vertrages, soweit er zu hoch ist. Somit kommt der Antrag auf Herabsetzung der Anfechtung gleich. Wie beim anfechtbaren Vertrag wegen Irrtums etc. ist also eine Herabsetzung nur möglich, wenn sie der Schuldner geltend macht. Macht der Schuldner die Anfechtung geltend, so gilt der Vertrag als nicht in dieser Form bestehend. Also ficht der Schuldner den Vertrag insoweit an, als die Strafe über den angemessenen Betrag hinausgeht. Die Vertretung dieser Meinung ist um so eher möglich, als auch bei anderen Verträgen die Anfechtung auch nur eines Teiles ohne weiteres denkbar ist. Diese Anfechtung unterscheidet sich aber dadurch, daß sie hier, im Gegensatz zur gewöhnlichen Anfechtnng nur als gerichtliche möglich ist und zwar durch Erhebung einer Klage oder einer Einrede gegen die fremde Klage. Demnach ist die durch Klage geforderte Herabsetzung eine Feststellungsklage. Das Erfordernis eines rechtlichen Interesses an alsbaldiger Feststellung liegt vor, weil der Gläubiger das Verlangen nach der verwirkten Strafe so lange hinausschieben kann (eben wenn sie augenblicklich unverhältnismäßig hoch ist) bis sie angemessen ist. Davon, daß ohne Anfechtung der ganze Betrag geschuldet ist, wird die Natur der Klage als einer Feststellungsklage nicht berührt. Die Anfechtungsklage enthält zugleich die Forderung, auszusprechen, daß der angefochtene Teil des Vertrages nicht besteht.

Beantragt der Schuldner die Herabsetzung der Vertragsstrafe im Weg der Verteidigung gegen die Leistungsklage des

Gläubigers, so macht er eine Einrede im Sinne des BGB. geltend. Aber auch dieses Einrederecht ist ein Anfechtungsrecht. Es hat die Eigenschaft, das Recht, wofür es besteht, durch seine Ausübung mit rückwirkender Kraft auszuschließen. Insofern bildet es eine Ausnahme gegenüber dem Anfechtungsrecht, daß es nicht mehr ausgeübt werden kann, wenn die Strafe bezahlt ist.

Dieser scharfsinnigen Ansicht kann jedoch nicht beigepflichtet werden, da sie dem Wort Antrag eine Bedeutung beimißt, die vom Gesetzgeber gar nicht gewollt ist.

Die Klage kann erst nach Verwirkung der Strafe erhoben werden. Eine vorherige Feststellungsklage ist als unzulässig abzuweisen, auch wenn die Voraussetzungen der ZPO. gegeben sein würden, weil es sich hier um „einen ausnahmsweise gewährten Rechtsbehelf" gegen Mißbrauch der Vertragsfreiheit analog der römisch-rechtlichen restitutio in integrum" handelt.[1])

Bei der Klage auf Herabsetzung obliegt dem Schuldner die Beweislast dafür, daß die Strafe unangemessen hoch sei. Entsprechend dem Prinzip des Parteibetriebes hat der Richter die Strafe auch nur insoweit herabzusetzen, als die Unangemessenheit dargetan wird. Gelingt dem Schuldner dieser Beweis nicht, dann bleibt es bei der vereinbarten Strafe.

In der Regel wird die Strafverabredung auf eine Geldsumme oder ein bestimmtes Quantum vertretbarer Sachen lauten, während die Vereinbarung einer anderen Leistung doch immerhin die Ausnahme bleiben wird. Doch auch für letzteren Fall bestimmt § 343 Abs. 2, daß hier ebenfalls eine Ermäßigung stattfinden kann. Der Beweis der Unangemessenheit wird hier für den Schuldner oft recht schwierig sein, aber auch die richterliche Aufgabe, hier eine Ermäßigung auszusprechen, ist nicht minder schwer. Es wird sich in solchen Fällen der Richter vor allem, um sich ein Urteil über die Angemessenheit bilden zu können, Klarheit darüber verschaffen, welchen Geldwert der Anspruch des Gläubigers darstellt. Kommt der Richter nach Würdigung des Falles zu einem Ermäßigungsausspruch und ist die verwirkte Strafe teilbar,

[1]) Staudinger zu § 343, IV BGB.

dann bestehen weitere Schwierigkeiten nicht mehr. Ist aber die Strafe nicht teilbar, dann kann eine Ermäßigung nur in der Weise stattfinden, daß eine Schätzung der Forderung in Geldeswert stattfindet und der Schuldner dazu verurteilt wird, einen angemessenen Teil des gefundenen Betrages an den Gläubiger abzuführen.

Dies ist allerdings nicht unbestritten und wird von einem Teil der Literatur der Standpunkt vertreten, daß bei einem Strafversprechen, das nicht eine Geldsumme oder ein Quantum vertretbarer Sachen zum Gegenstand hat, die Vorschrift des § 343 Abs. 2 nicht Anwendung finden kann.[1]) Diese Meinung stützt sich darauf, daß das Gericht kein Recht habe, eine versprochene Leistung durch eine andere zu ersetzen und das müßte nach obigen Ausführungen geschehen.

Nach einer weiter vertretenen Ansicht[2]), die viel für sich hat, aber praktisch der oben vertretenen Meinung gleichkommt, spricht der Richter aus, daß der Schuldner nur eine bestimmte Anzahl von ideellen Teilen der ganzen Strafe leisten brauche, während die restlichen Teile ihm verbleiben. Es entsteht dadurch eine Gemeinschaft (communio pro indiviso), die schließlich doch auf dem Weg der Teilungsklage nach §§ 749, 753 BGB. zu dem gleichen Resultat führen müßte, wie oben angegeben, in dem dann doch die Leistung zur Ermöglichung der Teilung in Geldeswert übergeführt werden müßte.

Bei Behandlung dieser Materie taucht immer wieder der Gedanke auf, ob eine solche Bestimmung überhaupt notwendig war und welche Gründe den Gesetzgeber dazu bewogen haben. Hierüber geben die Protokolle zum BGB. I., S. 784 Aufschluß, wenn sie sagen: Die Strafe muß ermäßigt werden, wenn die Einforderung derselben den guten Sitten widerstreite. Wenn dieses Moment dem Gesetzgeber vorgeschwebt hat, so ist ihm hierin nicht ganz beizupflichten. Denn wenn die Strafe den guten Sitten zuwiderläuft, dann ist eine Ermäßigung nicht mehr am Platz, sondern die Vereinbarung ist nach § 138 nichtig. Dies ist etwas anderes, als wenn die Hauptverbindlichkeit nichtig wäre. Konsequenterweise müßte ferner nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung eine Herab-

[1]) so Schollmeyer, Bem. 1 Rehbein II. S. 241.
[2]) so Staudinger § 343, II, A 3.

setzung auch dann noch stattfinden können, wenn die ganze Strafe schon bezahlt ist. Dem steht aber die positive Vorschrift des § 343 entgegen, wonach nach freiwilliger Entrichtung einer Vertragsstrafe die Rückzahlung ausgeschlossen ist. Diese Bestimmung finden wir auch im § 4 des RG. über die Abzahlungsgeschäfte. Diese Bestimmung ist nur aus dem Gesichtspunkte erklärlich, daß durch die Vorschrift des Abs. 1 dem sich benachteiligt fühlenden Schuldner die Möglichkeit gegeben ist, eine Ermäßigung herbeizuführen. Würde eine solche Herabsetzung auch nach erfüllter Leistung noch möglich sein, dann wäre für den Gläubiger die peinliche Lage gegeben, daß er bis zum Ablauf der Verjährungsfrist mit einer eventl. Rückforderung der erhaltenen Vertragsstrafe rechnen müßte.

Wie bei anderen Bestimmungen des BGB. z. B. den Vorschriften über die Verjährung bei den Geschäft des täglichen Lebens, war auch hier die Erwägung für den Gesetzgeber ausschlaggebend, daß das Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs die für die Rückforderung sprechenden Gründe überwiege. Zu dieser Frage bemerken die Protokolle S. 780, daß die Strafe nicht allzu übermäßig sein kann, wenn sie der Schuldner gutwillig bezahlen konnte und auch nicht zu hoch fand. Ist dagegen nur ein Teil bezahlt, so kann eine Ermäßigung noch stattfinden und kann der restliche Betrag entweder teilweise oder ganz, je nach den Umständen, erlassen werden. Dies ist auch der Fall, wenn dieser Teilbetrag unter Anerkennnng der ganzen Schuld als Abschlagszahlung geleistet wurde. Ein Schuldanerkenntnis oder Versprechen schließt ebenfalls die Ermäßigung nicht aus. Hat der Gläubiger auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Titels die Zwangsvollstreckung betrieben, so ist immerhin eine Ermäßigung möglich, denn es handelt sich noch nicht um einen rechtskräftigen Titel. Dagegen würde einem Antrag auf Ermäßigung, wenn das Urteil auf Zahlung einer verwirkten Vertragsstrafe bereits rechtskräftig ist, die Rechtskraft entgegenstehen. Schließlich ist ein Ermäßigungsantrag noch statthaft, wenn der Schuldner freiwillig die ganze Summe unter Vorbehalt der Herabsetzung geleistet hat, ebenso wenn der Schuldner sich durch ein Erfüllungsfurrogat befreien wollte, z. B. Aufrechnungserklärung, Hinterlegung, Hingabe an Erfüllungsstatt.

Zuständig für die Klage ist das Gericht des Wohnsitzes des Gläubigers (§ 12, 13 ZPO.) sowie das Gericht des Ortes, an welchem das Versprechen der Vertragsstrafe zu erfüllen ist. § 29 ZPO.

Eine weitere Frage, ob die richterliche Ermäßigung nach § 343 BGB. auch eintreten kann, wenn sich der Schuldner bei Vertragsabschluß bewußt war, daß die Strafe unverhältnismäßig hoch ist, oder ob sie nur eintreten kann, wenn der Schuldner wie beim Wucher infolge seiner Notlage, seiner Unerfahrenheit oder seines Leichtsinnes ein solches Geschäft einging, erledigt sich nach der eindeutigen Bestimmung des Gesetzes, wonach in allen Fällen eine Herabsetzung stattfinden kann. Dennoch wird der Richter schwerlich eine Herabsetzung aussprechen, wenn der Schuldner sich der Übermäßigkeit bewußt war und kein triftiger Grund s. Zt. für das Eingehen der Obligation bestand. Verstößt aber die Vertragsstrafe, was wohl selten der Fall sein wird, gegen die Wuchervorschriften oder gegen die guten Sitten, dann kann von einer richterlichen Ermäßigung nicht mehr die Rede sein, sondern es finden die Vorschriften des § 138 Anwendung. Die diesbezüglichen Geschäfte sind nichtig und der Schuldner kann auch nach Leistung die Rückgewährung der ganzen Leistung nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung verlangen.

Schließlich sei noch kurz Erwähnung getan der Vorschrift des Absatz 2, der eine Rolle spielt, wenn jemand eine Strafe für den Fall der Vornahme oder Nichtvornahme einer Handlung verspricht, ohne daß eine Hauptverbindlichkeit dazu besteht, der Schuldner die Wahl zwischen zwei Leistungen hat, es also der accessorischen Natur der Vertragsstrafe ermangelt. In einem solchen Fall soll die Strafe als Reuegeld dienen, durch deren Bezahlung sich der Schuldner von der Hauptverbindlichkeit für immer befreien kann. Schließlich kann es noch vorkommen, daß eine Verbindlichkeit zur Erfüllung der versprochenen, durch Strafe gesicherten Handlung überhaupt nicht geschaffen werden sollte. Es erscheint dann die ganze Strafverabredung als bedingter Vertrag, weil seine Gültigkeit von dem Eintritt eines künftigen ungewissen Ereignisses abhängig ist. Auch für diese beiden Fälle ist die Vorschrift des § 343 anwendbar, allerdings nur, wenn als Strafe eine Geldsumme

versprochen ist, um die Vorschrift des genannten § nicht umgehen zu können. Solche Versprechen können aber nicht als Vertragssprache betrachtet werden, denn wäre dies der Fall, dann wäre die Bestimmnng des § 343 Abs. 2 überflüssig und unverständlich. Kraft Gesetzes sind jedoch die Vorschriften über die Vertragsstrafe auch auf solche Verträge entsprechend anzuwenden.

Die Vorschriften der §§ 339/42 haben nur die accessorische Vertragsstrafe im Auge, d. h. die zur Sicherung einer bestehenden Verbindlichkeit versprochene Zahlung einer Geldsumme. Durch Absatz 2 wird das richterliche Ermäßigungsrecht auch ausgedehnt auf die selbständigen (konstitutiven) Strafvereinbarungen. Somit ist durch Abs. II auch die Zulässigkeit einer Strafabrede anerkannt, die die indirekte Erzwingbarkeit einer an sich nicht klagbaren Leistung zur Folge hat. Bei Rechtsverhältnissen, bei denen das Vorhandensein eines schutzwürdigen Interesses und somit die Erzwingbarkeit sehr zweifelhaft ist, ist dies von großer praktischer Bedeutung. Somit kann jedes individuelle Interesse also auch eine je nach den Umständen nicht erzwingbare Handlung oder Unterlassung z. B. das Versprechen, nicht zu rauchen, nicht irgend einer politischen Partei beizutreten oder einer solchen beizutreten, durch eine Strafabrede erzwingbar gemacht werden, allerdings unter dem Vorbehalt, daß dieser mittelbare Zwang nicht einem gesetzlichen Verbot oder den guten Sitten zuwiderläuft.

§ 343 Abs. II bestimmt nun, daß auch auf solche Vereinbarungen das Herabsetzungsrecht des Richters im Sinne des Abs. I Anwendung findet, nicht aber die Vorschriften der §§ 339/342. Damit soll verhindert werden, daß auf diesem Weg die Vorschriften über die Ermäßigung von Vertragsstrafen umgangen werden. Nach dem Wortlaut des cit. § gilt dies aber nur für solche Fälle des selbständigen Strafversprechens, bei denen der Versprechende gelobt, eine Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen.

Wie ist es aber bei den Fällen, bei denen jemand eine Strafe verspricht für den Fall, daß irgend ein Ereignis z. B. ein für den Gläubiger günstiges oder ungünstiges, eintritt oder nicht eintritt. Rechtlich fallen solche bedingte Versprechungen nicht unter den Begriff der Vertragsstrafe, auch wenn

der Ausdruck Vertragsstrafe gewählt ist. Sie verkörpern eine nach § 762 BGB. unverbindliche Wette. Doch kann in solchen Fällen auch ein Garantieversprechen gesehen werden, besonders wenn die Strafe an das Verhalten dritter Personen — an deren Handlung oder Unterlassung — geknüpft ist. Derartige Verträge finden wir zumeist im modernen Versicherungsrecht. Allerdings tritt ein Teil der Schriftsteller[1]) für die Anwendung des § 343 Abs. II auch bei solchen Fällen ein entgegen dem nicht so weit gehenden Wortlaut des Gesetzes. ME. wird auch hier in analoger Ausdehnung ein richterliches Ermäßigungsrecht eintreten können.

Die Vorschriften über das richterliche Ermäßigungsrecht bei Vertragsstrafen finden kraft positiver Vorschrift des § 348 HGB. keine Anwendung, wenn ein Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes das Strafversprechen abgegeben hat. Doch muß es sich im Augenblick des Vertragsabschlusses immer um einen Vollkaufmann handeln § 351 HGB., wobei es allerdings keine Rolle spielt, ob die Kaufmannseigenschaft auf §§ 1, 2 oder 3 Abs. II begründet ist.

## B. Bei der Vertragsstrafe § 4 des RG. betreffend die Abzahlungsgeschäfte.

### § 4. Wesen des Abzahlungsgeschäftes und die richterliche Ermäßigung.

Wie oben dargelegt, bezweckt nach dem Willen des Gesetzgebers das richterliche Ermäßigungsrecht bei Vertragsstrafen den Schutz des wirtschaftlich Schwächeren. Dieser Gesichtspunkt tritt in besonderem Maße bei der Konventionalstrafe des § 4 des Reichsgesetzes betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. 5. 1894 in Erscheinung.

Nach dem siegreichen Krieg von 1870/71 erfolgte das rasche Aufblühen der deutschen Industrie. Infolge der unverhältnismäßig wachsenden Ansprüche der unbemittelten Schichten, die in der Zeit der Industrialisierung immer mehr wurden, gewann das Abzahlungsgeschäft, das bis dahin eine unbedeutende Rolle spielte, eine riesige Ausdehnung. Da der

[1]) Staudinger zu § 343, III, 3.— Planck zu § 343.

häufig kapitalkräftige und mit großer geschäftlicher Gewandtheit ausgestattete Verkäufer in oft aufdringlicher und gewissenloser Weise einem unbemittelten und ungebildeten Erwerber gegenüberstand, war die Folge, daß der Käufer nur zu oft übervorteilt wurde. Daher sah sich die damalige Regierung auf Drängen der Wissenschaft und Praxis genötigt, für diese Art von Creditgeschäften ein besonderes Gesetz zu schaffen.

An sich ist das Abzahlungsgeschäft ein Kauf unter ganzer oder teilweiser Stundung des Kaufpreises nach § 456 BGB., wobei allerdings derartige Geschäfte durch ihre Nebenabreden und Bedingungen praktisch ein anderes Gesicht bekommen. § 1 des genannten Gesetzes gibt davon folgende Definition: Ein Abzahlungsgeschäft ist ein Kaufvertrag über eine zur Zeit des Kaufs bewegliche Sache oder über Inhaber — oder Orderpapiere, die dem Erwerber zum Gebrauch unter Eigentumsvorbehalt endgültig übergeben werden unter den verschiedenartigsten Bedingungen und Nebenabreden, insbesondere daß der Kaufpreis in Raten berichtigt werden soll, wobei allerdings der Käufer das Recht hat, den zu entrichtenden Preis vor Fälligkeit in beliebig großen Raten oder in einer ganzen Summe zu entrichten.

Das Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte wollte diese Materie nicht abschließend regeln, sondern es beschränkte sich darauf, durch einige Normen, die allerdings zwingender Natur sind, die gröbsten Mißstände auf diesem Gebiete zu beseitigen, vor allem die früher übliche Verfallklausel auszuschließen und die Verwirkungsklausel sehr einzuschränken.[1])

Nach § 4 dieses Gesetzes kann sich der Verkäufer die Verpflichtungen des Erwerbs dadurch sichern, daß er sich eine Vertragsstrafe für den Fall der Nichterfüllung versprechen läßt. Wie wir oben gesehen haben, ist „das Strafversprechen diejenige Leistung, die der Schuldner für den Fall der nicht gehörigen Erfüllung seiner Verbindlichkeit dem Gläubiger als Strafe verspricht". So kann die Strafverabredung getroffen werden für den Fall, daß der Schuldner seinen Verpflichtungen nicht nachkommt z. B. bezüglich der Einhaltung mit einer Rate oder der nicht pfleglichen Behandlung der übergebenen

[1]) Dr. Wolf, Herabsetzung der Vertragsstrafe beim Abzahlungsgeschäft.

Sache, der nichterfolgter Anzeige von einem etwaigen Wohnungswechsel usw.

Über die Bedeutung der Strafe, den Zeitpunkt ihrer Verwirkung und andere einschneidende Fragen ist unter § 2 gehandelt. Nach den dort aufgestellten Grundsätzen ist deshalb auch die wiederholt aufgeworfene Frage, ob eine an sich nichtige Verfallklausel, d. h. der Verkäufer soll bei Nichterfüllung der von dem Erwerber übernommenen Verbindlichkeiten die gesamten von diesem bis zum erklärten Rücktritt bewirkten Teilleistungen behalten dürfen, als Vertragsstrafe aufrechterhalten kann, zu verneinen.

Außer den vorerwähnten Fällen ist auch eine Strafverabredung denkbar zu Gunsten des Käufers, wenn der Verkäufer von seinem Rücktrittsrecht (§ 1) Gebrauch macht. Dies heben die Motive zu § 4 ausdrücklich hervor. Endlich ist noch der Fall denkbar, daß dem Verkäufer außer den in § 2 festgesetzten Entschädigungen und Vergütungen auch noch eine Vertragsstrafe versprochen ist. Da § 2 ein zwingendes Maximum der vom Gläubiger zu fordernden Leistungen aufstellt, so ist eine Konventionalstrafe ausgeschlossen und gegebenenfalls nichtig. Dazu bemerken die Motive, die diesen Fall ausdrücklich erwähnen: „Sollte im übrigen für den Fall, daß der Verkäufer vom Vertrag zurücktritt, weil der Käufer eine ihm obliegende Verpflichtung nicht erfüllt hat, eine Vertragsstrafe wegen des aus dieser Nichterfüllung für den Verkäufer sich ergebenden Schadenersatzes festgesetzt sein, so kann eine solche Vertragsstrafe nach § 2 des Entwurfes überhaupt nicht gefordert werden. War dagegen bereits früher durch eine sonstige Vertragsverletzung eine Vertragsstrafe verwirkt, so wird diese trotz des Rücktrittes des Verkäufers vom Verbote des § 2 nicht berührt, sie unterliegt vielmehr nur der Ermäßigung nach § 4."

Stellt man die § 343 BGB. und § 4 des RG. betreffend die Abzahlungsgeschäfte einander gegenüber, so kommt man auf den ersten Blick zum Ergebnis, daß das RG. von 1894 durch das Inkrafttreten des BGB. bedeutungslos geworden ist, da ein Ermäßigungsrecht bei Vertragsstrafen von diesem Gesetze für Verträge jeden Inhalts, also auch für Abzahlungsgeschäfte zugelassen ist. Und doch ergeben sich praktisch —

wenn auch äußerst selten Differenzen, wenn man die in diese Materie einschlagenden Vorschriften des § 348 HGB. und § 8 des genannten Gesetzes in Beziehung zu einander bringt. Nach letzterer Vorschrift ist eine Vertragsstrafermäßigung ausgeschlossen, wenn der Empfänger der Ware als Kaufmann in das Handelsregister eingetragen ist. Hingegen bestimmt § 348 HGB., daß eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betrieb seines Handelsgeschäftes versprochen sei, nicht auf Grund der Vorschriften des § 343 BGB. herabgesetzt werden kann. Diese Vorschrift gilt nicht für Minderkaufleute § 351 HGB. In nachfolgenden Beispielen zeigt sich deutlich der Unterschied zwischen beiden Vorschriften.[1])

1. Ein Vollkaufmann nach § 1 des HGB. ist nicht in das Handelsregister eingetragen. Gelegentlich des Bezugs von Waren auf Abzahlung für sein Handelsgeschäft wurde eine Vertragsstrafe versprochen. Nach dem Gesetz über die Anzahlungsgeschäfte kann er Ermäßigung verlangen, nicht aber nach dem BGB. verbunden mit § 348 HGB.

2. Ein in das Handelsregister eingetragener Kaufmann hat nicht zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehörige Waren auf Abzahlung unter Versprechen einer Vertragsstrafe bezogen. Hier liegt der Fall umgekehrt.

Da das Gesetz über die Abzahlungsgeschäfte weder stillschweigend noch ausdrücklich aufgehoben wurde, wird es Sache des Richters sein, in solchen Zweifelsfällen das dem Schuldner günstigere Recht zur Anwendung zu bringen.

„Die Aufnahme eines richterlichen Ermäßigungsrechtes war ein Gebot der Notwendigkeit, wenn man sich nicht der Gefahr aussetzen wollte, daß auf dem Weg der Konventionalstrafe der Käufer wieder den Wohltaten verlustig gehen sollte, welche das Gesetz ihm im übrigen verschafft." (Motive zu § 4 Komm. II. Lesung.)

Der § 343 BGB., nach welchem eine verwirkte unverhältnismäßig hohe Vertragsstrafe durch den Richter auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden kann, entspricht fast wörtlich der Fassung des § 4 des Abzahlungsgesetzes. Da in

[1]) Diese Beispiele stammen aus der Abhandlung von Dr. Wolf, Herabsetzung der Vertragsstrafe bei Abzahlungsgeschäften.

letzterem Gesetz keine weiteren Bestimmungen darüber getroffen sind, finden die Vorschriften des BGB. Anwendung.

In welcher Form diese Anträge zu stellen sind, um welches Urteil es sich bei der Ermäßigung handelt und andere Fragen sind bereits in § 3 behandelt.

## C. Beim Mäklerlohn § 655 BGB.

### § 5. Wesen des Mäklerlohns und seine Ermäßigung.

Während Mäkler nach dem Handelsrecht solche sind, die gewerbsmäßig für andere Personen, ohne von ihnen auf Grund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein, die Vermittlung von Verträgen über Anschaffung oder Veräußerung von Waren oder Wertpapieren oder sonstiger Gegenstände des Handelsverkehrs übernehmen,[1]) ist der Umfang derer nach dem bürgerlichen Recht — der Zivilmäkler — sehr beschränkt und besteht hauptsächlich darin, die Veräußerung von Grundstücken oder hypothekarischer Belehnungen, Dienstverträge oder Eheschließungen zu vermitteln. Als Entgelt für diese Bemühungen, nämlich für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß oder für die Vermittlung und das Zustandekommen eines solchen Vertrages verpflichtet sich der Auftraggeber, dem Mäkler eine Vergütung zu bezahlen.

Grundsätzlich — mit Ausnahme des Ehemäklerlohnes — ist der Auftraggeber beim Vorliegen obigen Tatbestandes verpflichtet, den versprochenen Mäklerlohn in voller Höhe zu entrichten. Nur im Fall des § 655 BGB., wenn nämlich Gegenstand des Vertrages der Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß oder zur Vermittlung eines Dienstvertrages ist, kann der vereinbarte Lohn auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Während ursprünglich eine solche Ermäßigung für jede Art von Mäklerlohn geplant war, ist nach dem Vorschlag der Kommission 2. Lesung doch nur eine Herabsetzung beim Dienstvertragsmäklerlohn Gesetz geworden, da gerade auf diesem Gebiet über die größten Mißstände geklagt wurde.

[1]) J. v. Staudinger's Kommentar zum BGB., Vorbem. zu § 652 3 b.

Voraussetzung zur Anwendung des § 655 ist Vorliegen eines Dienstvertrages im Sinne des BGB., wobei kein Unterschied zwischen den einzelnen Arten von Dienstverträgen gemacht wird. Vor allem gilt genannte Vorschrift nicht etwa nur für Gesindedienste, sondern auch Verträge über Dienste geistiger Art fallen darunter. Nach RGE. Bd. 72/179, 81/9 u. a. ist ein Dienstvertrag ein gegenseitiger Vertrag, durch den sich der eine Teil dem anderen gegenüber gegen Zahlung einer Vergütung zur Leistung bestimmter Dienste verpflichtet. Vertragsgegenstand ist beim Dienstvertrag die Arbeitstätigkeit selbst ohne Rücksicht auf den Erfolg, beim Werkvertrag ein bestimmter durch Arbeit herbeizuführender Erfolg (ein Arbeitsergebnis.) Demnach ist § 655 in der Regel nicht anwendbar auf Verträge mit Schauspielern, da hier zumeist ein Werkvertrag vorliegt.

Daß natürlich die Vorschrift des § 655 nicht Platz greifen kann, wenn entweder die Höhe des Lohnes oder der Vertragsinhalt wucherisch oder gegen die guten Sitten verstößt, ist selbstverständlich.

Unverhältnismäßig hoch ist der ausbedungene Mäklerlohn, wenn zwischen ihm und der Leistung des Mäklers ein offensichtliches Mißverhältnis besteht. Bei der Entscheidung dieser Frage ist sowohl die verursachte Mühe und Kosten des Mäklers in Betracht zu ziehen, als auch der Vermögensvorteil, den die erfolgreiche Tätigkeit des Mäklers dem Auftraggeber bringt. Eine Ermäßigung kann auch stattfinden, wenn der Lohn allgemein üblich oder behördlich genehmigten Tarifen entnommen ist. RG. JW. 1907/512. Schließlich muß der Richter bei der Erwägung, ob der ausbedungene Lohn unverhältnismäßig hoch ist, auch noch in Betracht ziehen, daß der Mäkler vielfach Mühe und Kosten aufwendet, ohne einen Erfolg zu erreichen und daher der im einzelnen Fall bezahlte Mäklerlohn die allgemeinen Geschäftsunkosten mitdecken muß.[1])

Schließlich kann die Unverhältnismäßigkeit auch darin gefunden werden, daß der Makler mit Einverständnis beider Parteien für beide Teile tätig gewesen ist und daher doppelten Lohn erhielt.[2])

[1]) So Planck, Bem. 2b zu 655. Standinger zu 655, 2c u. a.

[2]) So Oertmann, Kommentar zum BGB., Bem. 3 zu 655.

## D. Bei der Vertragsstrafe des § 75 c HGB.

### § 6. Wesen des Wettbewerbsverbots und die Herabsetzung der dabei getroffenen Vertragsstrafe.

Nach dem allmählichen Verschwinden der Zünfte und anderer Privilegien, durch die die freie Entfaltung des Wettbewerbs gehemmt war, faßt der Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit in Deutschland immer mehr Fuß. Um sich im Ringen um die wirtschaftliche Existenz vor lästiger Konkurrenz schützen zu können, suchte man die Gefahr, daß der Unternehmer im Laufe der Zeit um die Früchte seiner Errungenschaften gebracht würde, durch die Konkurrenzklauseln zu bannen, d. h. man verpflichtete durch vertragliche Abmachungen die Handlungsgehilfen die Ausübung eines gleichartigen Erwerbsgeschäftes oder den Eintritt in ein solches zu unterlassen. Da solche Vereinbarungen besonders im Handelsgewerbe für die Handlungsgehilfen große Mißstände im Gefolge hatten, stellte der Gesetzgeber zu ihrer Abstellung, dem sozialen Zug der modernen Gesetze entsprechend, den wirtschaftlich Schwächeren vor Ausbeutung des Großkapitals zu schützen, für diese Art von Verträgen im Handelsgesetzbuch von 1897 und der Gewerbeordnung zwingende Normen auf. Diese Vorschriften brachten trotzdem dem Stand der Handlungsgehilfen keine wesentlichen Erleichterungen, da jetzt die Prinzipale dazu übergingen, die getroffenen Vereinbarungen durch möglichst hohe Vertragsstrafen zu sichern, die zu weiterer Verschärfung der wirtschaftlichen Gegensätze führten und das Fortkommen der kaufmännischen Angestellten noch mehr erschwerte.

Eine wirkliche Hilfe gegen diese Strömung brachte erst das am 1. 1. 1915 in Kraft getretene Wettbewerbsgesetz, wonach der Arbeitgeber vor allem verpflichtet ist, für die Dauer der durch das Wettverbot vereinbarten Beschränkungen dem Gehilfen eine Entschädigung zu zahlen. Andererseits ist durch die Entrichtung dieser Entschädigung dem Prinzipal gem. 340 BGB. — entgegen der bisherigen Vorschrift des § 75 Abs. II HGB., wonach der Kaufherr bei Verletzung der Konkurrenzklausel nur die Zahlung der vereinbarten Strafe verlangen konnte; — die Wahl eingeräumt, Erfüllung und gegebenenfalls Schadensersatz oder die Konventionalstrafe zu verlangen.

§ 75 c. HGB lautet:

„Hat der Handlungsgehilfe für den Fall, daß er die in der Vereinbarung übernommene Verpflichtung nicht erfüllt, eine Strafe versprochen, so kann der Prinzipal Ansprüche nur nach Maßgabe der Vorschriften des § 340 BGB. geltend machen."

Der Abs. 2 des cit. Paragraphen hat von diesem Grundsatz jedoch einige Ausnahmen gemacht, indem nämlich bei Gehilfen, die für eine Tätigkeit außerhalb Europas angenommen sind (§ 75a), und Volontäre, das sind Personen, die, ohne als Lehrlinge angenommen zu sein, zum Zwecke ihrer Ausbildung unentgeltlich mit kaufmännischen Diensten beschäftigt werden, dem Prinzipal nur das Recht zusteht, die Vertragsstrafe zu verlangen.

Die Frage nach dem Inhalt des Wettbewerbsverbotes ist dahin zu beantworten, daß es sich dabei um ein negatives Forderungsrecht handelt, also eine Handlung zu unterlassen, so z. B. kein gleichartiges Geschäft, wie es der verbietende Herr hat, zu errichten oder zu betreiben oder in ein solches als Teilhaber oder Gehilfe einzutreten. Da somit einer späteren Konkurrenz des Angestellten vorgebeugt werden soll, so liegt die Bedeutung solcher Wettbewerbsverbote in der Zukunft, also nach Verlassen des Dienstes bei dem das Versprechen Fordernden. Solche Vereinbarungen liegen also lediglich im einseitigen Interesse des Prinzipals. Es liegt auf der Hand, daß ein solches Verbot durch Vertragsstrafe nur gesichert werden kann, wenn ein schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers vorliegt, das nach Ort, Zeit und Gegenstand das Fortkommen des Gehilfen nicht unmäßig erschwert.

Liegt dies nicht vor, dann ist ein derartiges Verbot als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig. Das gleiche gilt, abgesehen davon, daß Voraussetzung der Gültigkeit der Konventionalstrafen die rechtliche Gültigkeit der Hauptverpflichtung zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen ist, nach positiver Vorschrift des § 74a Abs. II, wenn sich der Chef die Einhaltung des Wettbewerbsverbotes durch den Gehilfen unter Ehrenwort versprechen läßt, ferner wenn der Versprechende minderjährig ist oder sein jährliches Einkommen den Betrag von RM. 1500 nicht übersteigt. Schließlich liegt ein Fall der

Unwirksamkeit auch vor, wenn die Wettbewerbsabrede formlos geschehen ist, §§ 74 HGB, 125, 314 BGB.

Wie schon früher bemerkt, gehört das Versprechen einer Vertragsstrafe an sich nicht zu den Rechtsgeschäften, für welche vom Gesetz eine bestimmte Form, wie Schriftlichkeit oder öffentliche Beurkundung zu ihrer Gültigkeit gefordert ist. Da aber nach § 74 HGB. für das wirksame Bestehen einer Vereinbarung über ein Wettbewerbsverbot die Aushändigung eines vom Arbeitgeber unterzeichneten, die vereinbarten Bestimmungen enthaltenden Urkunde erforderlich ist „liegt es auf der Hand, daß im Fall der Zusicherung einer Strafe für die Nichtbeobachtung des vom Handlungsgehilfen übernommenen Verbotes die hierüber getroffene Vereinbarung in die als Voraussetzung der Gültigkeit des Verbotes bezeichnete Urkunde seitens des Prinzipals schon bei Abschluß des Wettbewerbsverbotes aufgenommen wird, um dadurch Zweifel über den Inhalt besonderen Strafvereinbarung zu beheben."[1])

Endlich verlangt § 74 HGB. ausdrücklich, daß diese Urkunde an den Handlungsgehilfen ausgehändigt wird, damit sich derselbe jederzeit genau über seine Vertragspflicht orientieren kann. Kommt der Prinzipal dieser Verpflichtung nicht nach, so ist die Vertragsstrafe infolge ihrer Accessorität hinfällig, da es einen gültigen Hauptvertrages ermangelt.

Wie wir gesehen haben, ist die vom Handlungsgehilfen beim Wettbewerbsverbot geschuldete Handlung eine negative, ein Unterlassen. Demnach ist für derartige Strafverabredungen die Vorschrift des Absatz 2 des § 339 BGB. maßgebend, wonach die versprochene Strafe mangels anderer Vereinbarung nach herrschender Ansicht nicht von einem Verschulden des Verpflichteten abhängt; allerdings führt die Praxis diesen Grundsatz nicht strikte durch, indem sie wenigstens Verantwortungsfähigkeit oder bewußte Zuwiderhandlung durch den Versprechenden verlangt.[2])

[1]) Wolfg. Schiller, Die Vertragsstrafe zur Sicherung von Wettbewerbsverboten nach § 75 c HGB.

[2]) Es genügt zur Verwirkung, daß der eingegangenen Verpflichtung objektiv zuwidergehandelt wurde. (RG. im „Recht", 1924 Nr. 1216 a, 1927 Nr. 2405.) Auch die Mot. II, 278 bringen zum Ausdruck, daß zur Verwirkung der Strafe ein Verschulden nicht notwendig sei. Auch nach dem Wortlaut des Gesetzes ist diese Meinung unbedingt zu vertreten. (Planck, Bem. 2 zu § 339, Cosack § 149, II, 1 c. Die dagegen sprechende

Wann eine Tätigkeit des Arbeitnehmers vorliegt, die dem Wettbewerbsverbot zuwiderläuft und damit die Strafe verwirkt, ist nicht ohne weiteres zu sagen und kann nur von Fall zu Fall entschieden werden. Das steht auf jeden Fall fest, daß Vorbereitungshandlungen, die der Gehilfe zur Ausführung einer dem Verbot entgegenstehenden Zuwiderhandlung tätigt, z. B. Unterhandlungen mit einem Konkurrenten des Vertragsgegners zum Zwecke der Assoziierung, noch nicht die Vertragsstrafe verwirken können. Erst wenn der Handlungsgehilfe als Sozius eingetreten ist, kann die Strafe als verwirkt gelten. Nach RGE. vom 25. 10. 1913 liegt eine Konkurrenz allerdings schon dann vor, wenn Handlungen begangen werden, die auf den Geschäftsbetrieb eines Anderen ungünstig wirken. Weiter sind es Vorbereitungsverhandlungen, wenn der Versprechende zwar während der zeitlich beschränkten Frist des Wettbewerbsverbotes Anstalten zur Eröffnung eines Konkurrenzgeschäftes trifft, das Geschäft aber erst nach Ablauf der durch das Gesetz getroffenen Frist betreibt.

Hat schließlich der Gehilfe sich an einem Konkurrenzgeschäft beteiligt oder sich in ein solches Dienstverhältnis gegeben, dann ist die Strafe nicht durch jede Zuwiderhandlung verwirkt, vielmehr ist das vertragsbrüchige Tun als eine einheitliche fortgesetzte Zuwiderhandlung zu bewerten und die Strafe somit nur einmal verwirkt; (so auch RG. Bd. 70, 439, da in den Betrieb eines Konkurrenzunternehmens oder dem Eintritt in ein gleiches nur ein Fall der Zuwiderhandlung erblickt werden muß.)

Wie dargelegt, ist Voraussetzung des Strafverfalls das Bestehen einer rechtlich gültigen, vollwirksamen Verpflichtung. Es müssen also die zwingenden Normen des Wettbewerbsgesetzes genauestens eingehalten werden. Es kann sich der Prinzipal nicht auf eine Verabredung zu Ungunsten des Handlungsgehilfen stützen, die den Vorschriften der §§ 74/75 c ent-

---

Meinung (Staudinger § 339, 3. Anm. — Kisch, KVISch.. Bd. 44, S. 523 — Enneccerus I, 2 § 261,II, 2) stellt sich auf den Standpunkt, daß bei allen Handlungen, gleich ob sie auf ein Tun oder Unterlassen hinzielen, Verschulden notwendig ist. Würde die h. M. zutreffen, dann würde hier eine unbillige Durchbrechung des Grundsatzes des BGB. vorliegen, wonach bei Schadensersatz und auch bei Vertragsstrafen Verschulden notwendig ist.

gegenstehen. Zwar verweist der letztere § auf die dispositiven Bestimmungen des § 340 BGB., wonach es dem Arbeitgeber ermöglicht wäre, durch anderweitige Vereinbarungen mit dem Gehilfen (z. B. es soll die Strafe und der Erfüllungsanspruch verwirkt sein oder im Falle des § 75 c kann der Prinzipal entweder Erfüllung oder Strafe nach seinem Belieben verlangen) den Gehilfen zu benachteiligen. Dem steht aber § 75 b entgegen, sodaß nach herrschender Ansicht der Chef bei Strafverwirkung im Fall des § 75 c Abs. I nicht die Strafe und Erfüllung verlangen kann, sondern nur einen der beiden Ansprüche und im Falle des § 76 c Abs. II nur die Strafe, nie Erfüllung. Dagegen ist eine zu Gunsten des Gehilfen getroffene Vereinbarung, daß im Falle des Abs. I nur die Strafe und nicht Erfüllung oder umgekehrt gefordert werden kann, ohne weiteres als vollgültig anzusehen.

Ist nach den bisherigen Ausführungen die Strafe durch die Zuwiderhandlung verwirkt, so sind die Folgen nach Maßgabe des § 340, sofern der Prinzipal dem Handlungsgehilfen die Karenz bezahlt hat. Andernfalls kann er nur die Strafe fordern. Liegen aber die Voraussetzungen des § 75 c Abs. II vor, handelt es sich also um einen Volontär oder um einen in überseeischen Ländern angestellten Gehilfen, so ist der Erfüllungs- oder Schadenersatzanspruch des Prinzipals hinfällig und er kann lediglich die versprochene Konventionalstrafe verlangen. Eine abweichende Regelung ist infolge der zwingenden Natur des § 75 c nichtig.

In letzterem Fall bekommt die Vertragsstrafe einen anderen, von der des BGB. sich unterscheidenden Charakter, da hier die Strafe das volle Interesse des Gläubigers decken und ein Ausgleich für die Nichtbeobachtung der Verpflichtung durch den Gehilfen sein soll. Die Strafe ist im Zweifel der Preis, um den er sich vom Verbote loskaufen kann. Kann im Fall der Verwirkung der Strafe der Versprechensempfänger infolge Mittellosigkeit des Versprechenden dieselbe nicht beitreiben, so gestaltet sich die Lage des Prinzipals sehr ungünstig, denn er steht dann dem vertragsbrüchigen Gehilfen schutzlos gegenüber und dieser kann dann unbehelligt ein Konkurrenzgeschäft betreiben.

Der die Vertragsstrafe versprechende Handlungsgehilfe ist in der Regel der wirtschaftlich Schwächere und geht infolge der verschiedenartigsten Umstände, besonders der wirtschaftlichen Notlage, oft eine Verpflichtung ein, die in keinem Verhältnis zu dem dem Gläubiger eventuell entstehenden Schaden steht. Besonders stellungssuchende Angestellte gehen oft, nur um wieder unterzukommen, leichtfertig eine Vertragsstrafe ein. Um einer Benachteiligung der Handlungsgehilfen in solchem Falle vorzubeugen und einen Ausgleich zu schaffen, hat der Gesetzgeber die Möglichkeit einer Ermäßigung der Strafe auf einen angemessenen Betrag zugelassen, § 75 c Abs. I HGB., § 343 BGB. Diese Bestimmung ist zwingendes Recht und kann durch Vereinbarung der Parteien nicht aufgehoben werden.

Verstößt die Übermäßigkeit des Betrags ausnahmsweise gegen die guten Sitten, z. B. weil sie die Existenz des Handlungsgehilfen gefährdet, dann ist eine Herabsetzung nach § 343 BGB. nicht mehr möglich, sondern das Strafversprechen ist nichtig und die etwa schon geleistete Strafe kann nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden.

Bei der Frage der Herabsetzung ist vor allem darauf Bedacht zu nehmen, in wie weit der Gehilfe die Zuwiderhandlung gegen seine Verpflichtung verschuldet hat oder ob er in seiner Notlage zum Vertragsbruch gedrängt wurde. Hat der Gehilfe nur aus reiner Willkür den Vertrag gebrochen, so wird wohl in den meisten Fällen die Möglichkeit der Ermäßigung entfallen. Das Gericht hat bei Würdigung der Höhe der Vertragsstrafe die Interessen des Prinzipals und des Gehilfen einander gegenüber zustellen und die Verhältnisse sowohl zur Zeit des Vertragsabschlusses als auch der Verwirkung und der Urteilsfällung zu berücksichtigen. In Erwägung zu ziehen sind alle erheblich erscheinenden Umstände, so das geschäftliche Interesse des Prinzipals, das des Gehilfen zur Verbesserung seiner Existenz, die Vermögens- und Gehaltsverhältnisse des Arbeitnehmers u. a.

## 3. Teil:

# Schluß.

### § 7. Rechtspolitische Gedanken.

Wie das gemeine Recht hält auch das Bürgerliche Gesetzbuch streng an dem Grundsatz „Pacta sunt servanda" fest und normiert so die absolute Vertragsfreiheit. Davon hat es die oben erwähnten Ausnahmen gemacht, allerdings in der sicheren Erwartung, daß „der Richter davon keinen allzuweiten Gebrauch macht". Diese Einschränkung der Vertragsfreiheit ist nicht ohne Kampf in das BGB. aufgenommen worden. Siehe darüber Gutachten von Koffka und Simon für den Deutschen Juristentag, die für die absolute Vertragsfreiheit waren. Zu dieser Frage bemerken die Protokolle: I, S. 783: „Insbesonders wurde betont, daß ein Ermäßigungsrecht durch den Richter mit dessen deklarativer Tätigkeit im Widerspruch stehen, daß der Richter veranlaßt werde, aus Zweckmäßigkeitsgründen zu entscheiden und daß eine Mehrung der Prozesse dadurch zu befürchten sei." Wenn man sich auch nicht verhehlte, daß berechtigte Bedenken gegen die Zulassung eines Ermäßigungsrecht besprechen, so hielt man es doch für zweckmäßig, Bestimmungen über die Möglichkeit einer Ermäßigung einer Vertragsstrafe im Gesetze zu treffen. Wenn auch richtig ist, daß der Richter den von den Parteien geschlossenen Vertrag nur auf seine Gültigkeit hin zu prüfen habe und nicht zu einer Änderung seines Inhalts im allgemeinen befugt sein soll, so sprechen doch andererseits für die Einführung des Ermäßigungsrechtes so gewichtige Punkte, daß die Nichtberücksichtigung dieses oft zu großen Härten führen müßte.

Es ist auch tatsächlich nicht zu verkennen, daß die vorstehend aufgeführten Fälle des richterlichen Ermäßigungsrechtes eine große Verantwortung für den Richter in sich

bergen. Der sonst sich durch das ganze Prozeßrecht ziehende Grundsatz, daß das Gericht nur darüber zu entscheiden habe, was unter Anwendung der in den verschiedenen Gesetzen aufgeführten Normen rechtens sei, wird hier durchbrochen. Während z. B. bei wucherischen Rechtsgeschäften auf Antrag der geschädigten Partei der Richter verpflichtet ist, den ganzen Vertrag für ganz und gar nichtig zu erklären, wenn die Voraussetzungen des § 138 BGB. gegeben sind — diese Voraussetzungen lassen sich leicht durch eigene Sachkenntnis oder durch Sachverständigenbeweis feststellen —, oder für vollgültig zu erklären, wenn eben die Merkmale des Wuchers nicht vorliegen, stellt es der Gesetzgeber in den oben genannten Fällen dem richterlichen Ermessen anheim, in wie weit die vereinbarte Vertragsstrafe rechtsverbindlich sein soll und inwieweit nicht. Diese Ausnahmevorschriften haben große Aehnlichkeit mit den über die Minderung beim Kauf. Auch hier setzt das Gericht auf Antrag den Kaufpreis auf einen angemessenen Betrag herab, aber dazu ist der Richter bei Vorliegen der Voraussetzung durch das Gesetz gezwungen, während dies bei Herabsetzung der Vertragsstrafe nicht der Fall ist. Jedenfalls ist durch die Aufnahme der cit. §§ in die erwähnten Gesetze ein neuer Gedanke in das Prozeßrecht eingedrungen, nämlich einen abgeschlossenen Vertrag im Interesse der beiden Vertragsparteien zum Teil aufrecht zu erhalten.

Alle vorgenannten Gesetze legen in die Hand des Richters das Recht, die Vertragsstrafe auf einen „angemessenen" Betrag herabzusetzen. Dies wurde verschiedentlich gerügt und mit dem Hinweis, daß das Gesetz auch zugleich die Höhe der Beschränkung hätte angeben müssen. Daß dies nicht geschehen ist, ist nur zu begrüßen, denn es müßten nach den unter § 3 dargelegten Erwägungen bei dem Antrag auf Ermäßigung von dem Richter alle dafür und dagegen sprechenden Umstände genauestens berücksichtigt werden, während eine schablonenhafte Herabsetzung zu den größten Unbilligkeiten führen würde. In fast allen Fällen ist der die Vertragsstrafe versprechende Schuldner der wirtschaftlich schwächere, der nur allzu leicht in seiner Notlage und Unerfahrenheit eine Leistung verspricht, die in keinerlei Verhältnis zu dem dem Gläubiger evtl. ententstehenden Schaden steht. Verwirkt der Schuldner die Strafe,

so könnte der Richter, hätte das Gesetz eine bestimmte Ermäßigungsgrenze gesetzt, nur bis zu dieser Höhe die Konventionalstrafe ermäßigen, auch wenn die Strafe in krassestem Mißverhältnis zu dem entstandenen Schaden stünde, es sei denn, daß die Vorschriften über unsittliche und wucherische Rechtsgeschäfte Anwendung finden könnten, was wohl selten der Fall ist. Insbesonders würde sich der geschäftsgewandte Gläubiger dadurch bereichern, daß er sich eine solche Strafe versprechen ließe, die nicht dem § 138 BGB. zuwiderliefe und andererseits der Richter das unverhältnismäßig hohe Strafversprechen nur um einen gewissen Bruchteil herabsetzen könnte. Schließlich wäre der Fall denkbar, in dem dem Gläubiger nicht nur kein Schaden, sondern noch ein Nutzen durch die Nichterfüllung oder die Zuwiderhandlung entstanden wäre. Auch dann müßte der Schuldner gleichwohl einen Teil der versprochenen Strafe leisten. Dies könnte gewiß nicht mit der ersten Vorschrift des Obligationsrechts, daß Schuldverhältnisse nach Treu und Glauben auszulegen sind, in Einklang gebracht werden.

Somit ist das vom BGB. gewählte Mittel wohl das bessere. Es entspricht auch dem das Gesetzbuch überhaupt beherrschenden Zug „dem richterlichen Ermessen in der Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse, welche bei Rechtsgeschäften in Betracht kommen, den freiesten, an die rechtsschaffende Gewalt des römischen Prätors der Republik und der ersten Kaiserzeit erinnernden Spielraum zu gewähren.“[1])

Wohl verdient das moderne Bestreben, der Vertragsfreiheit zur Vermeidung der Ausbeutung des wirtschaftlich Schwächeren wieder den nötigen sittlichen und sozialen Schranken zu unterwerfen, vollen Beifall, aber diese Erwägungen dürfen nicht so bedenklich weit gehen, daß sie zu einer nachträglichen Korrektur des Vertragsinhalts durch den Richter führen und somit nur die Vertragsuntreue fördern. Es ist daher Pflicht des Richters, wegen dieser weitgehenden Begrenzung der Vertragsfreiheit in den genannten Fällen und

---

[1]) Hellmann, Vorträge über das bürgerliche Recht, allgem. Teil, 1897, S. 67.

besonders bei der Vertragsstrafe, diesen Verträgen keine allzuweite Ausdehnung zu geben, damit diese Ausnahmen nicht schließlich zu einer mehr oder minder willkürlichen richterlichen Zwangsänderung des Vertragsinhalts überhaupt ausarten.

---

# Literaturverzeichnis.


Wilhelm Billmann, Die Vertragsstrafe im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Erlangen, 1898.

Paul Cramer, Der Abänderungsvertrag, Diss. Münster.

Dr. E. Geiershöfer, Richterliches Ermäßigungsrecht bei Konventionalstrafen, in Blätter für Rechtsanwendung, 41. Band.

J. Hoffmann, RG. betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. 5. 1894.

Dr. E. Hölder, Die richterliche Herabsetzung einer Vertragsstrafe, im „Recht", 4. Jahrgang.

Dr. Marcus, Über die Geltendmachung des Rechts des Schuldners auf richterliche Ermäßigung in den Fällen der §§ 343, 655 BGB., in Blätter für Rechtspflege, XI. Jahrg.

Dr. P. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Auflage 27/29.

Planck's Kommentar zum BGB., 4. Auflage.

Protokolle zum BGB.

Wolfgang Schiller, Die Vertragsstrafe zur Sicherung von Wettbewerbsverboten nach § 75 c HGB.. Diss. Jena, 1918.

A. Schmidt, Verwirkungsklausel und Vertragsstrafe, Diss. Rostock, 1902.

G. Schmitt, RG. betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. 5. 1894.

Karl Schöntag, Über die Vertragsstrafe nach BGB., Diss. Erlangen 1898.

Soergel, Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, nebst Einführungsgesetz, 4. Auflage.

Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12/13. Auflage.

Staudinger, J. v. Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Auflage.

Stein Fr., Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 12. Auflage.

Dr. H. Wolf, Herabsetzung der Vertragsstrafe bei Abzahlungsgeschäften, Deutsche Juristenzeitung, VI. Jahrg.